

Alexander Leonhartsberger/Carmen Walser

Mandatsübernahme im Aufsichtsrat der Funicular AG

Praktisches Fallbeispiel mit Lösungsskizze

Auch beim diesjährigen Aufsichtsratsratstag wurde ein Fallbeispiel bearbeitet, das die Gesellschaft und den Aufsichtsrat vor große Herausforderungen stellt. (1) Im Rahmen einer dreiteiligen Reihe werden die maßgeblichen Fragen diskutiert und eine Lösung vorgeschlagen.



1. SACHVERHALT

Das österreichische Unternehmen Neve AG (N-AG) ist im Bereich der Produktion von Aufstiegshilfen, Pistenraupen und Beschneigungsanlagen tätig. Außerdem betreibt es eine Seilbahn sowie Liftanlagen in einem Schigebiet bei Gerlos. Die N-AG ist zu 100 % der Familie A zuzurechnen, wobei die einzelnen Sparten in der N-AG als Holding zusammengefasst sind. Die Tochter Funicular AG (F-AG) ist für die Produktion von Aufstiegshilfen zuständig. Ihre Eigentümerstruktur setzt sich folgendermaßen zusammen: 65 % sind der N-AG und somit der Familie A zuzurechnen. 15 % sind im Eigentum der Familie B. Die restlichen 20 % gehören einem Finanzier (Josef) aus der Frühphase des Unternehmens, der aber nach aktiven und zum Teil auch aggressiven Jahren aktuell wegen eines körperlichen Gebrechens nur mehr eine untergeordnete Rolle spielt. Die für die Produktion der Pistenraupen sowie der Beschneigungsanlagen zuständige Snow Cat GmbH (S-GmbH) ist eine 100 %-Tochter der N-AG. Der Betrieb der Seilbahn und der Liftanlagen in Gerlos ist in einer weiteren 100 %-Tochtergesellschaft, der Nordhang GmbH (N-GmbH), ausgelagert. Neben den produzierenden Gesellschaften bestehen noch vier Service-Gesellschaften, die sich mit Finanzierung, Vertrieb, IT und sonstigen Stabaufgaben beschäftigen (siehe Abbildung 1).

Emilia wurde vom Seniorchef der Holding, der zugleich Ehrenvorsitzender des Aufsichtsrats der N-AG ist, gebeten, im Aufsichtsrat der F-AG mitzuwirken. Als Betreiberin einer kleinen Hotelkette sieht Emilia in dem Mandat vor allem die Chance, ihr Netzwerk zu erweitern und frühzeitig Informationen über geplante Ausbauten in wenig erschlossenen Schigebieten zu erhalten, um ihre Hotelkette an neuen Standorten „billig“ erweitern zu können. Der

Aufsichtsrat der F-AG besteht aus sechs Kapitalvertretern und drei Arbeitnehmervertretern. Vier Kapitalvertreter der F-AG (einschließlich des Vorsitzenden Hans) sitzen auch im Aufsichtsrat der N-AG und drei auch in den Beiräten der Schwestergesellschaften S-GmbH sowie der N-GmbH. Diese vier Kapitalvertreter sind Nachkommen der ursprünglichen Eigentümer und der Familie A zuzurechnen. Zwei von ihnen sind selbständig im Marketingbereich tätig, ein Mitglied ist Steuerberaterin, der jüngste Nachkomme organisiert Snowboard-Events. Der familienfremde Kapitalvertreter Thorsten, der ein Charterflugunternehmen betreibt und auf die Reisevermittlung von Event-Winterurlauben spezialisiert ist, sitzt ausschließlich im Aufsichtsrat der F-AG. Auch Emilia soll als familienunabhängiges Mitglied ausschließlich im Aufsichtsrat der F-AG tätig werden. Die Arbeitnehmervertreter arbeiten in der Buchhaltung bzw. als Stahlbautechniker. Der langjährige, nicht der Familie zugehörige Alleinvorstand der F-AG, Christian, hat mit der Familie A immer ein gutes Verhältnis gepflegt und gilt als verlässlicher „Umsetzer“ der Wünsche des Hauses. Familie B hat ein Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat, von dem sie zurzeit allerdings nicht Gebrauch macht. Denn es gibt eine schriftliche informelle Übereinkunft unter den Gesellschaftern, wonach das Entsendungsrecht der Familie B nicht ausgeübt wird, solange die Dividende einen gewissen Betrag erreicht.

Die Winter in Mitteleuropa werden nun wärmer. Die grundlegende und bisher erfolgreiche Unternehmensstrategie der N-AG besteht darin, die eigene Technologie stetig zu optimieren, um hochqualitative Produkte in Schigebieten anbieten und betreiben zu können. Die Kapazitäten der Aufstiegshilfen sollen daher weiter vergrößert, so etwa die 6-Sitzer auf 10-Sitzer im Liftbetrieb (beheizbar, solarbetrieben mit

(1) Das von Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) und ihren Mitarbeitern erarbeitete Fallbeispiel wurde beim 6. Österreichischen Aufsichtsratsratstag am 23. 2. 2016 für drei verschiedene Unternehmenstypen diskutiert (Familienunternehmen, börsennotierte Unternehmen sowie öffentliche Unternehmen). Im Folgenden wird der (gekürzte) Sachverhalt für den Workshop „Familienunternehmen“ wiedergegeben, wobei in der Lösungsskizze punktuell auf die Besonderheiten bei börsennotierten Gesellschaften eingegangen wird.

Sonnenschutz und WLAN) ausgebaut werden, um noch mehr Schifahrer noch schneller und bequemer zu transportieren. Die Pistenraupen sollen eine noch höhere Schub- und Flächenleistung sowie Präpariergeschwindigkeit und -qualität erreichen. Der Wirkungsgrad der Beschneigungsanlagen wird laufend optimiert, um auch höheren Temperaturen standhalten zu können.

Nicht zuletzt deshalb hat die S-GmbH den Zuschlag für ein großes Projekt im Paznaun in Tirol erhalten. Aufgrund der Zusammenlegung zweier Schigebiete soll für die Verbindungshänge und Pisten eine neue Beschneigungsanlage errichtet werden.

Der F-AG wurde kürzlich die Realisierung zweier großer Stadtprojekte in Aschgabat, der Hauptstadt von Turkmenistan sowie in der südöstlich in Turkmenistan gelegenen Stadt Mary vertraglich zugesichert.

Die Berichte im Aufsichtsratsgremium der F-AG sind kurz und werden auch nicht erläutert, da nach der immer gleichen Formel des Vorsitzenden Hans die meisten ohnehin schon alles drei Mal gehört haben. Das Meiste wird nämlich im Vorhinein in einem informellen Konzerngremium, bestehend aus den Leitungsorganen der Gesellschaften, drei externen Beratern und den vier familienzugehörigen Kapitalvertretern der N-AG, bereits genau besprochen.

2. FRAGESTELLUNGEN

- Wie beurteilen Sie die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der F-AG?
- Sollte Emilia tatsächlich ein derartiges Mandat in der F-AG übernehmen?
- Welche Überlegungen hat sie dabei zu berücksichtigen?
- Wie ist bei der Bestellung vorzugehen? Ist die beschriebene Vorgehensweise des Seniorchefs zulässig?

3. LÖSUNGSSKIZZE

3.1. Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Gremium

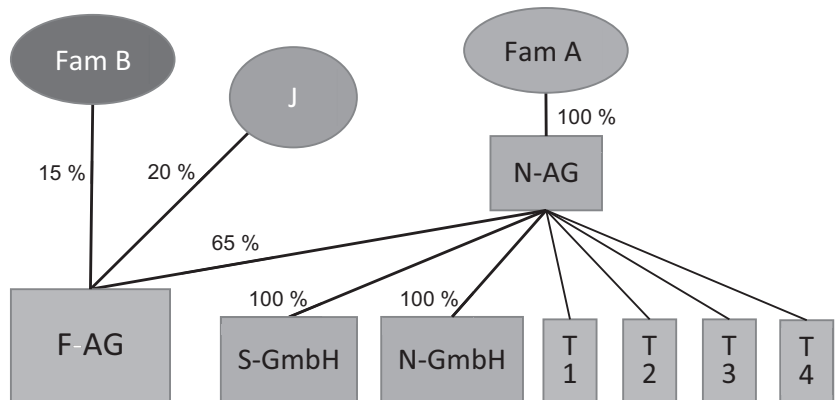
Das AktG sieht grundsätzlich keine besonderen Qualifikationsanforderungen für Aufsichtsratsmitglieder vor. Die konkreten Qualifikationsanforderungen ergeben sich vielmehr aus dem Geschäftsgegenstand der Gesellschaft. Außerdem ist gemäß § 87 Abs 2a AktG(2) stets auf eine optimale und ausgewogene Besetzung des Gesamtgremiums zu achten. Dabei sind Aspekte der Diversität im Hinblick auf die Verteilung beider Geschlechter, der Altersstruktur

sowie (bei börsennotierten Gesellschaften) der Internationalität der Mitglieder zu berücksichtigen. Es muss nicht jedes Aufsichtsratsmitglied selbst über sämtliche für den Geschäftsgegenstand der Gesellschaft erforderliche Qualifikationen verfügen, solange das erforderliche Wissen im Gesamtgremium ausreichend vorhanden ist. Grundlegende betriebswirtschaftliche, juristische und (je nach Branche) technische Kenntnisse sind in jedem Aufsichtsrat notwendig.

Der neunköpfige Aufsichtsrat der F-AG besteht aus sechs Kapital- und drei Arbeitnehmervertretern. Vier Kapitalvertreter gehören zur Eigentümerfamilie A. Die fachliche Qualifikation der familienzugehörigen Aufsichtsräte liegt insbesondere im Bereich Marketing und Eventmanagement. Auch das familienfremde Aufsichtsratsmitglied Thorsten deckt als Reisevermittler von Event-Urlauben im Aufsichtsrat der F-AG ähnliche Qualifikationen ab. Emilia, die ebenfalls im Wintertourismus tätig ist, würde auch ähnliche Qualifikationen wie die übrigen Kapitalvertreter mitbringen. Nur ein Familienmitglied verfügt durch die Tätigkeit als Steuerberaterin neben betriebswirtschaftlichem Wissen auch über juristische Kenntnisse. Durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der F-AG werden zusätzlich wirtschaftliche und technische Fähigkeiten eingebracht. Insgesamt ist die fachliche Ausgewogenheit im Aufsichtsrat der F-AG aber nicht gegeben. Es fehlt insbesondere an technischen Fähigkeiten, die für eine im Bereich der Produktion von Aufstiegshilfen tätige Gesellschaft essentiell sind und die bisher nur von (einzelnen) Arbeitnehmervertretern mitgebracht werden. Auch fundiertes juristisches Know-how fehlt im Aufsichtsrat der F-AG. Es scheint, als ob bei der Auswahl der Kapitalvertreter die Familienzugehörigkeit meist das ausschlagende Kriterium war und die Qualifikation in Hinblick auf den Gesamtaufichtsrat vernachlässigt wurde.

Der Anteil an familieninternen Aufsichtsratsmitgliedern in der F-AG ist recht hoch. Es ist daher wünschenswert, verstärkt auf familienunabhängige Mitglieder zu setzen, die das

Abbildung 1



(2) Vgl auch L-Regel 52 des ÖCGK.

Fähigkeiten-Portfolio des Gesamtaufsichtsrats der F-AG vergrößern und bei familieninternen Unstimmigkeiten als unabhängige Ansprechpartner fungieren können. Die Bestellung von Emilia als unabhängiges Aufsichtsratsmitglied würde jedenfalls zu einem ausgewogeneren Verhältnis von familieninternen- und externen Mitgliedern führen. Als familienunabhängiges Aufsichtsratsmitglied kann Emilia neue Sichtweisen und Ideen einbringen und damit einen wertvollen Beitrag zur Entwicklung der F-AG leisten. Darüber hinaus bringt Emilia auch eine gewisse Branchenerfahrung im Bereich des Wintertourismus sowie die damit verbundenen Kenntnisse und Fähigkeiten mit. Fraglich ist aber, inwieweit die Branchenerfahrung im Wintertourismus tatsächlich für die Produktion von Aufstiegshilfen fruchtbar gemacht werden kann. Im Hinblick auf die Zusammensetzung des Gesamtgremiums wäre jedenfalls ein Aufsichtsratsmitglied mit technischem Know-how zu bevorzugen. Insbesondere da bereits Thorsten Erfahrung im Wintertourismus mitbringt, aber nur die Arbeitnehmervertreter technische Kenntnisse besitzen.

3.2. Motive für die Übernahme eines Aufsichtsratsmandats

Da kaum ein Aufsichtsrat das Mandat aus reiner Mildtätigkeit ausübt, verfolgt jedes Aufsichtsratsmitglied in einem gewissen Maß eigene Interessen. Die Motive, ein Aufsichtsratsmandat anzunehmen, können dabei sehr unterschiedlich sein. Im konkreten Fall verspricht sich Emilia als Betreiberin einer Hotelkette von ihrer Aufsichtsratsstätigkeit die Erweiterung ihres Netzwerkes und die Erlangung von relevanten Informationen über den Ausbau von Schigebieten, die sie für die Standortwahl ihrer Hotelkette nutzbar machen kann. Dass Emilia mit der Aufsichtsratsstätigkeit auch eigene Interessen verfolgt, ist in einem gewissen Ausmaß jedenfalls zulässig, sofern bei der Ausübung des Mandats die Interessen der F-AG stets im Vordergrund stehen.

Die Erweiterung des persönlichen Netzwerkes sowie die Erlangung von potenziell wertvollen Informationen sind klassische Anreize, die zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandats motivieren. Ein weiteres wichtiges Motiv ist die Möglichkeit, Erfahrungen zu sammeln und seine persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vergrößern. All das sind legitime Interessen, deren Verfolgung zulässig ist.

Bei börsennotierten Unternehmen ist im Umgang mit Insider-Informationen (vgl § 48b BörseG) Vorsicht geboten. Informationen über die Erweiterung von Schigebieten können durch-

aus als Insider-Information (§ 48a Abs 1 Z 1 BörseG) qualifiziert werden. Die Nutzung einer solchen Information von Emilia als Primärsiderin (§ 48b Abs 4 BörseG) im Rahmen ihres Hotelbetriebes ist allerdings vom Verbotstatbestand des Missbrauchs einer Insider-Information nicht erfasst. Erfasst sind der Handel mit Finanzinstrumenten, die Empfehlung dazu und die schlichte Weitergabe der Insider-Information. Die bloße Nutzung der Information durch Handlungen abseits des Finanzmarktes (Vermögensvorteil durch Erwerb eines Baurechts) ist davon nicht umfasst. Emilias geplante Vorgehensweise, derartige Informationen in die Standortwahl ihres Hotelbetriebes einfließen zu lassen, ist daher selbst in börsennotierten Unternehmen zulässig.

3.3. Überlegungen bei der Annahme eines Aufsichtsratsmandats

Trotz der guten Gründe, die bereits vonseiten Emilias und vonseiten der F-AG für die Bestellung von Emilia als Aufsichtsratsmitglied bestehen, hat Emilia bei der Frage, ob sie dieses Mandat tatsächlich annehmen soll, einige zusätzliche Aspekte zu beachten.

Insbesondere sollte Emilia sich hinreichend über die F-AG und deren bisherige Geschäftstätigkeit informieren. In einem ersten Schritt können dazu von Emilia sämtliche öffentlich zugängliche Informationen genutzt werden, also insbesondere alle beim Firmenbuch hinterlegten Urkunden (Satzung, Jahresabschlüsse etc) sowie allenfalls die öffentliche Berichterstattung in den Medien. Je weiter die Verhandlungen fortschreiten, desto detailliertere Informationen wird Emilia für ihre Entscheidung benötigen. Grundsätzlich sind die Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 99 iVm § 84 Abs 1 Satz 2 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet. Nur ausnahmsweise dürfen Aufsichtsratsmitglieder daher vertrauliche Informationen an außenstehende Dritte weitergeben, sofern dies im Unternehmensinteresse geboten ist. Vertragsverhandlungen mit einem zukünftigen Aufsichtsratsmitglied stellen eine solche Ausnahme dar. Der Aufsichtsrat darf daher in einem fortgeschrittenen Stadium der Vertragsverhandlungen vertrauliche Informationen an das zukünftige Aufsichtsratsmitglied weitergeben. Es ist aber durch eine Vertraulichkeitsvereinbarung sicherzustellen, dass die Informationen auch tatsächlich nur dieser einen Person zukommen. Gegen Unterzeichnung einer solchen Vertraulichkeitsvereinbarung könnte Emilia dann auch Einsicht in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und des Vorstands sowie gegebenenfalls auch in die Protokolle der vergangenen Aufsichtsratsitzungen gewährt werden.⁽³⁾

(3) Siehe dazu *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 2 Rz 95.

Von großem Interesse für Emilia sind vor allem auch die Besonderheiten, die ein Familienunternehmen – wie die Neve-Gruppe – mit sich bringt. Neben den rechtlichen Machtverhältnissen, die sich in der Satzung und in den Geschäftsordnungen widerspiegeln, bestehen in Familienunternehmen oft stark ausgeprägte informelle Machtstrukturen. Die Schwierigkeit für Emilia als außenstehendes Aufsichtsratsmitglied besteht in der Informationsbeschaffung, da sich solch informelle Machtstrukturen nicht einfach aus der Satzung oder sonstigen schriftlichen Vereinbarungen herauslesen lassen, sondern sich meist über Jahre entwickelt haben und die rechtlichen Machtverhältnisse überlagern. Emilia sollte sich daher – wenn möglich – auch vorab mit dem zweiten familienunabhängigen Aufsichtsratsmitglied Thorsten austauschen und seine Erfahrungen mit der informellen Machtstruktur und den Entscheidungsprozessen in der F-AG sowie im gesamten Konzern der Neve-Gruppe anhören.

Da die meisten Entscheidungen des Aufsichtsrats zuvor in einem informellen Konzerngremium besprochen werden, dem Emilia nicht angehören soll, sollte sie sich dessen bewusst sein, dass dies ihren Einfluss im Unternehmen stark einschränkt. Auch wenn der Aufsichtsrat weisungsfrei ist, können die tatsächlichen Entscheidungsprozesse in Familienunternehmen in der Realität davon erheblich abweichen. Durch das informelle Konzerngremium wird eine solche informelle Entscheidungsfindung abseits der offiziellen Aufsichtsratssitzungen institutionalisiert. Emilia sollte sich daher der Beschränktheit ihres persönlichen Einflusses bewusst sein. Es besteht das Risiko, dass sie lediglich zum „Abnicken“ von Entscheidungen benutzt wird. Nichtsdestotrotz trägt auch Emilia die volle Verantwortlichkeit für ihr Handeln.

Als weiteres Entscheidungskriterium für die Übernahme des Aufsichtsratsmandats sollte Emilia den mit der Tätigkeit voraussichtlich verbundenen Zeitaufwand berücksichtigen. Die Aufsichtsrats Tätigkeit ist als Nebentätigkeit konzipiert, die Emilia zusätzlich zu ihrer Tätigkeit in der eigenen Hotelkette ausüben kann. Der durch ein Aufsichtsratsmandat tatsächlich geforderte Zeitaufwand ist aber stark vom Unternehmensgegenstand und der Lage der Gesellschaft abhängig. Das Gesetz sieht lediglich Mandatshöchstgrenzen (10 Sitze bei nicht börsennotierten, acht Mandate bei börsennotierten Gesellschaften) vor. Innerhalb dieser Höchstgrenze hat das Aufsichtsratsmitglied eine Selbsteinschätzung vorzunehmen. Emilia hat daher abzuschätzen, wie

viel Zeitaufwand eine sorgfältige Ausübung des Aufsichtsratsmandats in der F-AG erfordert und ob sich diese mit ihrer Tätigkeit in ihrem Hotelbetrieb vereinbaren lässt.

Ein weiterer Einflussfaktor für Emilias Entscheidung wird die Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit sein. Die Vergütung eines Aufsichtsratsmitglieds hat gemäß § 98 AktG mit dessen Aufgaben und der Lage der Gesellschaft in Einklang zu stehen. Einen Anspruch auf Vergütung stellt § 98 AktG nicht dar, die Vergütung muss daher in der Satzung festgelegt sein oder von der Hauptversammlung bewilligt werden. Bei der Vergütungsfrage sind die Lage der Gesellschaft, die übernommenen Aufgaben sowie der damit verbundene Zeitaufwand des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds zu berücksichtigen. Auch die Eigenmotivation des Aufsichtsratsmitglieds (siehe Punkt 3.2.) wird zu einem gewissen Grad bei der Vergütungsfrage berücksichtigt werden. Außerdem ist der Abschluss einer D&O-Versicherung und die damit verbundenen Prämienleistung zu thematisieren.

3.4. Bestellung eines neuen Aufsichtsratsmitglieds

Den Aufsichtsrat trifft eine Vorschlagspflicht (Selbstkooptierungsrecht), das heißt, die übrigen Aufsichtsratsmitglieder haben einen Beschlussvorschlag für die Wahl eines neuen Aufsichtsratsmitglieds zu machen. Dafür ist ein Beschluss des Gesamtaufwichtsrats notwendig.⁽⁴⁾ Die Vorgehensweise des Seniorchefs ist daher nur für den ersten Schritt der Kontaktaufnahme mit Emilia geeignet, um auszuloten, ob ihrerseits grundsätzlich die Bereitschaft zur Übernahme des Mandats besteht. Sodann hat aber jedenfalls eine Beschlussfassung über die Nominierung von Emilia zu erfolgen. Börsennotierte Gesellschaften haben diesen Beschlussvorschlag spätestens ab dem 21. Tag vor der Hauptversammlung auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen (vgl § 108 AktG).⁽⁵⁾ Dasselbe gilt für die Erklärung gemäß § 87 Abs 2 AktG: Emilia hat nämlich vor der Wahl ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen Funktionen sowie alle Umstände darzulegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten (§ 87 Abs 2 AktG). Sodann müsste Emilia von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt werden. Da die N-AG 65 % der Anteile der F-AG hält, hat sie in der Hauptversammlung der F-AG eine entsprechende Mehrheit, um die Bestellung von Emilia – allenfalls auch gegen den Willen der anderen Aktionäre (Familie B und Josef) – zu beschließen.

(4) Gemäß C-Regel 42 des ÖCGK ist auch ein Beschluss durch den Nominierungsausschuss zulässig.

(5) Nur in Ausnahmefällen ist eine Offenlegung bis zum fünften Werktag vor der Hauptversammlung gemäß § 87 Abs 6 AktG zulässig: siehe dazu *Bachner/Dokalik*, Das neue Recht der Hauptversammlung (2010) § 87 AktG Rz 22.